Zur Lehre

von der

bonorum possessio ab intestato.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

Hohen juristischen Facultät

der

Universität Rostock

eingereicht

von

Heinrich Scharlau,
Referendar.

Rostock.
Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.
1885.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553607_0115

Die bonorum possessio intestati ist während der classischen Periode der Römischen Rechtswissenschaft ein umfassendes und tief einschneidendes Rechtsinstitut, hat aber in den nachfolgenden Zeiten mehr und mehr an Bedeutung verloren. Bei der Frage, welches die Ursachen ihres Verschwindens aus dem Rechtsleben sind und in welchem Umfange das Institut zunächst in das Justinianeische, dann aber in das gemeine Recht übergegangen ist, kann die Lehre von der Beerbung eines Freigelassenen und eines filius emancipatus nach prätorischem Rechte ausgeschieden werden. Denn was die liberti anbetrifft, so sind zweifellos die Römisch-rechtlichen Sätze über das Sclaventhum, mit welchen die Bestimmungen über die Freilassung und deren Folgen auf das Engste zusammenhängen, also auch die Rechtssätze über den Patronat, auf welchen sich zum grossen Theil die Bestimmungen über das Schicksal des Vermögens eines libertus nach seinem Tode gründen, von den Deutschen zur Zeit der Rezeption des Römischen Rechts nicht mithinübergenommen. Was dagegen die Beerbung eines emancipatus anlangt, so hat Justinian die Besonderheiten derselben aufgehoben [1]).

Das Civilrecht stellte den Satz auf:

> Si intestato moritur, cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento

[1]) § 4 J. de B. P. (3, 9) c. ult. C. de emanc. (8, 49) Nov. 118 cap. 4.

und ist bei diesem Satze der XII Tafeln bis auf die Zeit Hadrians stehen geblieben. Verbunden mit dem Satze:

in legitimis hereditatibus successio non est,

welcher stricte interpretirt und streng gehandhabt wurde, musste die Bestimmung des Civilrechts, dass, wenn der nächste Agnat die Erbschaft ausschlug, nun ein entfernterer den Nachlass nicht erwerben konnte, sondern derselbe den Gentilen angeboten wurde [2]), mit dem Verfalle des Gentilitätsverbandes vielfach dahin führen, dass der Verstorbene erblos blieb, worauf dann die bonorum venditio erfolgte, durch welche die Erbschaftsgläubiger schwer geschädigt werden konnten. Dabei ist zu beachten, dass für den Erwerb einer Erbschaft ab intestato dem Delaten keinerlei Frist gesetzt war, dass derselbe also seinen Erbschaftsantritt auf unbestimmte Zeit, ohne irgend einen Nachtheil zu erleiden, falls nicht inzwischen durch die alte usucapio pro herede seitens dritter Personen ein solcher eingetreten sein sollte, hinausschieben konnte und auch hierdurch den Erbschaftsgläubigern möglicher Weise ein grosser Schade erwuchs.

Musste es für diese von Interesse sein, dass die Hinterlassenschaft möglichst bald wieder einen Herrn bekam, so war es doch auch für die Erbschaftsprätendenten selbst von Bedeutung zu wissen, wem sie bei einem Streite um den Nachlass gegenüberstanden.

Zu Gunsten Beider schritt der Prätor ein, zu Gunsten der einen, indem er mittels des successorium edictum ein Nachrücken der Erbschaftsprätendenten ermöglichte; zu Gunsten der anderen, indem er durch Ertheilung der Vindicien die Parteirollen im Erbschaftsprozesse regulirte.

---

[2]) Ich folge hier der Ansicht von Leist: B. P. I, S. 206 gegenüber der strengeren Meinung, welche gestützt auf den Satz: „Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento“ die Gentilen nur eintreten lässt, wenn der Verstorbene keine Agnaten hat, und demnach im Falle, dass der nächste Agnat ausschlägt, die Hinterlassenschaft für erblos erklärt.

Dass aus diesen Anordnungen des Prätors das Institut der bonorum possessio erwachsen sei, erscheint nach den Ausführungen von Leist[3]), von Löhr[4]), Fabricius[5]), Schirmer[6]) und von Vangerow[7]) unzweifelhaft zu sein.

Daraus ergiebt sich dann, dass der Prätor bei Einführung der bonorum possessio gar nicht daran gedacht hat, das Civilrecht abzuändern und eine besondere definitive prätorische Erbschaftsregulirung zu schaffen. Denn nicht nur, dass der Prätor sich an die alten civilrechtlichen Erbklassen anschloss, indem er auch den zur hereditas berufenen Civilerben die Möglichkeit der Agnition der bonorum possessio gewährte und nur in die Zahl der zur bonorum possessio zugelassenen Personen bei Vermehrung der Klassen den Kreis der blossen Kognaten und den überlebenden Ehegatten nach den Civilerben in seinem Systeme aufnahm, er behielt auch den Civilerben vor, ihr Recht, wenn sie nicht etwa selbst die bonorum possessio erbeten hatten, im ordentlichen Prozesse durchzuführen und den bonorum possessor von der Erbschaft auszuschliessen.

Die Zeit der Entstehung der bonorum possessio lässt sich nicht genau angeben. Wenn sie auch nicht vor Einsetzung der Prätur — im Jahre 388 a. u. c. (366 vor Chr. Geb.) — eingeführt sein kann, wie daraus hervorgeht, dass sie von den Römischen Juristen immer mit honoraria successio, praetorium auxilium und ähnlichen Ausdrücken bezeichnet wird, so muss ihr Ursprung doch

---

[3]) Leist: B. P. I, § 1—17 und Serie der Bücher XXXVII und XXXVIII in der Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar I, §§ 1598 a. b.

[4]) von Löhr: Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung IV, S. 250 ff.

[5]) Fabricius: Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum, S. 23 ff.

[6]) Schirmer: Erbrecht Th. I § 7 S. 90 ff.

[7]) von Vangerow: Pandecten Bd. II § 398 S. 11 ff.

schon geraume Zeit vor dem Ende der Römischen Republik liegen, denn Cicero bezeichnet bei Gelegenheit der zweiten Verrinischen Rede das Edict über die bonorum possessio als ein vetus edictum translaticiumque [8]) und sagt von ihr:

> Hoc opinor jure et majores nostri et nos semper usi sumus,

wie er auch den Verres beschuldigt [9]):

> jus, consuetudinem, aequitatem, edicta omnium neglegit.

Jedenfalls sind die bonorum possessio secundum tabulas und ex edicto unde legitimi vor Cicero eingeführt worden. Dass aber auch die Klasse der Kognaten bis in die vorciceronianische Zeit zurückreicht, ergiebt sich aus der Rede Ciceros für A. Cluentius [10]). Wann dagegen die bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor eingeführt ist, lehrt uns kein Quellenzeugniss, und wir haben nur einen sehr schwachen Anhalt dafür, dass sie vor den correctorischen Klassen entstanden ist, in dem Umstande, dass sie sich eng an die bonorum possessio unde cognati anschloss als eine prätorische Erbklasse, welche supplendi juris civilis gratia geschaffen war. Die correctorischen Klassen sind ohne Zweifel erst nach Ciceros Zeit eingeführt worden, denn in dessen Schriften findet sich noch keine Andeutung davon; es muss jedoch sehr bald nach seinem Tode geschehen sein, da schon Labeo, ein Zeitgenosse des Augustus, sie als geltendes Recht anerkennt [11]). Sie konnten erst entstehen, nachdem sich durch das längere, immer währende Beibehalten der anderen Klassen, sowol der adjuvandi als der supplendi juris civilis gratia eingeführten, die Idee gebildet hatte, dass die bonorum possessio ein eigenes prätorisches Erbrecht sei, und

---

[8]) Cicero: in Verrem II 1 cap. 44—46.
[9]) Cicero: in Verrem II 1 § 116.
[10]) Cicero: pro A. Cluentio cap. 15, 60.
[11]) L. 8 § 11 de B. P. C. T. (37, 4).

beruhen auf der Ansicht, dass es unbillig sei, wenn Personen, welche dem Erblasser in verwandtschaftlicher Beziehung sehr nahe stehen, ohne indessen seinem Agnationsverbande anzugehören, z. B. die Emanzipirten, gänzlich von seinem Nachlass ausgeschlossen sein sollten.

Um das Verhältniss der einzelnen Klassen zu einander zu regeln, hatte der Prätor das successorium edictum aufgestellt, dass nämlich die Erbittung der bonorum possessio vor ihm binnen bestimmter Zeit, ursprünglich auch mit gewissen Förmlichkeiten geschehen musste, und dass, wenn die Frist der einen Klasse ohne Agnition abgelaufen war, nun die nächste Klasse zur bonorum possessio berufen wurde [12]).

Mit den correctorischen Klassen ist der Aufbau des Systems der bonorum possessio vollendet; es war in der That ein eigen geartetes Erbrecht geworden, welches dem Civilrecht als ebenbürtig an die Seite gestellt werden konnte. So war denn auch eine Durchkreuzung beider Systeme nicht zu vermeiden, und es fragte sich, welches von beiden sich als das stärkere erweisen und den Sieg behalten würde. Zur Zeit der classischen Juristen waren die Verhältnisse folgendermassen. Beide Systeme standen im Allgemeinen gleichwerthig neben einander, jedoch drang bei einem Konflicte das Civilrecht nur durch, wenn sein Prätendent in der Lage gewesen war, auch nach prätorischem Rechte vor dem nunmehrigen bonorum possessor die Agnition vorzunehmen. So wurde durch die correctorischen Klassen des prätorischen Rechts, die bonorum possessio contra tabulas und ex edicto unde liberi, die civilrechtliche Erbfolge ausgeschlossen; die bonorum possessio ex edicto unde cognati und unde vir et uxor konnte dagegen nur in Ermangelung aller Civilerben, oder wenn diese die Agnitionsfristen versäumt hatten, statt-

---

[12]) L. 1 pr. de successorio edicto (38, 9) c. 1 C. de successorio edicto (6, 16).

finden, sie stand somit dem Civilrecht nach; in der Klasse der bonorum possessio secundum tabulas und dem ordo unde legitimi waren nach beiden Systemen dieselben Personen berufen, so dass hier ein Konflict ausgeschlossen war. So war es, bis seit der Zeit des Kaisers Hadrianus die bonorum possessio secundum tabulas in einigen Fällen gegenüber der Intestaterbfolge correctorischen Charakter annahm. Doch interessirt das hier weiter nicht, da wir nur die Schicksale der bonorum possessio intestati betrachten wollen.

Während der classischen Periode der Römischen Rechtswissenschaft wurde der Nachlass eines freigeborenen, ohne Testament verstorbenen Römischen Bürgers nach prätorischem Rechte zunächst den Hauskindern deferirt, denen nach ausdrücklicher Vorschrift des Prätors diejenigen Personen gleichgestellt sind, welche Hauskinder des Verstorbenen sein würden, wenn nicht die Emanzipation des Erblassers oder der Erben den Agnationsverband gelöst hätte. Alle diese Personen mussten binnen Jahresfrist, gerechnet nach den Regeln des tempus utile, die bonorum possessio unde liberi nachsuchen, widrigenfalls ihr Recht auf den Nachlass des Verstorbenen in der ersten Klasse des Systems der bonorum possessio verloren war. In der zweiten Klasse standen die Agnaten des Erblassers, indessen konnte nur der dem Grade nach Nächste unter ihnen die bonorum possessio ex edicto unde legitimi agnosziren, ohne dass ein Nachrücken der entfernteren Agnaten, eine successio graduum, stattfand, so dass, wenn der nächste Agnat die Agnitionsfrist ungenutzt verstreichen liess oder auch die Erbschaft ausschlug, nicht dem nächstnächsten Agnaten eine Erklärungsfrist lief, sondern die bonorum possessio der folgenden Klasse, den Kognaten, deferirt wurde [13]). Gleich nahe Agnaten theilten nach

[13]) L. 2, § 4 ff. de suis et legitimis heredibus (38, 16). § 7 J. de legit agnat suc. (3, 2).

Köpfen. In dieser Klasse kamen auch die Hauskinder, nicht aber die ihnen kraft prätorischer Verordnung gleichgestellten Personen [14]), wieder zur Berufung, wenn sie in der ersten Klasse die bonorum possessio zu erbitten versäumt hatten. Zur Erklärung über Annahme und Ausschlagung der bonorum possessio ex edicto unde legitimi war den Aszendenten und Deszendenten eine Frist von einem annus utilis gegeben, die übrigen Agnaten mussten ihr Recht auf den Nachlass binnen 100 dies utiles vor dem Prätor geltend machen.

Auch in der dritten Klasse der prätorischen Erbfolge-Ordnung, welche berufen wurde, wenn aus der ersten und zweiten Klasse entweder kein Verwandter vorhanden war oder Niemand innerhalb der vom Prätor gesteckten Frist die bonorum possessio erbeten hatte, betrug die Agnitionszeit für die Kognaten 100 dies utiles, für die Kinder und Eltern ein Jahr [15]). Dagegen fand in dieser Klasse eine successio graduum statt [16]). Gerechnet wurden zu diesem ordo alle Blutsverwandten bis zum sechsten Grade einschliesslich und aus dem siebenten Grade das Sobrinenkind [17]).

In Ermangelung aller Verwandten des eben bestimmten Kreises oder eines Erbschaftsantritts seitens derselben wurde zur bonorum possessio berufen der überlebende Ehegatte, wenn die Ehe in factischer und juristischer Beziehung bis an den Tod des Erblassers bestanden hatte, und ihm zur Erklärung, ob er die bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor agnosziren wolle, eine Frist von 100 dies utiles gegeben [18]).

---

[14]) Gai III § 27. Ulp. XXVIII § 1. § 1 J. de suc. cognat. (3, 5). L. 5 unde cognati (38, 8).

[15]) L. 4, § 1 quis ordo (38, 15). L. 1, § 8, § 12, § 16 de successorio edicto (38, 9).

[16]) Gai III 28. tit. D. de successorio edicto (38, 9). § 7 J. de legit. agnat. suc. (3, 2).

[17]) § 5 J. de suc. cognat. (3, 5). L. 1 § 3 unde cognati (38, 8).

[18]) L. un. unde vir et uxor (38, 11).

Dieses war im Ganzen und Grossen die Römische Intestaterbfolge nach den prätorischen Bestimmungen zur Zeit der classischen Juristen. Auf die bonorum possessio quibus ex legibus, deren Umfang vielleicht niemals sicher festgestellt werden kann [19]), ist hier nicht der Ort, näher einzugehen.

Dass, wie sich nun zwei Erbsysteme gegenüber standen, es nicht ausbleiben konnte, dass sie öfters in Kollision geriethen, ist schon oben erwähnt; ebenso auch in welcher Weise solchenfalls der Widerstreit beider Erbfolge-Ordnungen geschlichtet wurde. Solcher Widerstreit musste den Wunsch wachrufen, wieder ein einheitliches Erbrecht zu bekommen; und wenn auch die Römer ein Volk waren, welches zäh an dem alten vererbten Rechte festhielt, und manche Institute erst abwarfen, nachdem schon lange deren Lebenskraft erstorben war, so musste doch die Gewohnheit allmählich einen Ausweg finden und einen Ausgleich herbeiführen. Dieses musste dann wieder auf das Recht zurückwirken und eine Umgestaltung desselben zu Stande bringen. Aber nicht, wie das früher der Fall gewesen war, ging dieselbe aus von dem prätorischen Rechte; denn dieses hatte durch seine Codification als edictum perpetuum unter Hadrianus die Kraft der Fortentwickelung verloren. Es war dadurch den Prätoren zwar die Möglichkeit genommen, willkürlich zu entscheiden und das Recht zu ändern, aber es war auch dem Rechte das Organ seiner Ausbildung entzogen; nur wenige Zusätze zum prätorischen Edicte kommen nach der Codification desselben vor, z. B. die berühmte clausula nova Salvii Juliani de conjungendis cum emancipato liberis ejus. Die Fortentwickelung des Rechts wurde nunmehr dem Civilrecht überlassen und fand in hervorragendem Masse auf dem Gebiete

[19]) Leist: B. P. II 2 §§ 117, 118.
von Löhr: Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung III S. 239 ff.
Schirmer: Erbrecht Th. 1 § 7 S. 86 ff.

der Intestaterbfolge statt. Hatten schon die Prätoren den Kognaten ein Recht auf den Nachlass an dritter Stelle eingeräumt, so gingen die Kaiser, denen nunmehr alle Aenderungen im Rechte zugesprochen werden müssen, weiter, indem sie den nächsten Blutsverwandten ein definitives Erbrecht, theilweise unter Ausschluss aller, theils unter Bevorzugung einiger Agnaten gaben. Die ersten Spuren hiervon finden sich unter Claudius [20]). Später entstanden unter Berücksichtigung dieser Umstände das Senatusconsultum Tertullianum unter Hadrianus und das Senatusconsultum Orphitianum unter Marcus Aurelius und Commodus [21]), von denen ersteres der Mutter gegenüber ihren Kindern, letzteres den Kindern gegen die Mutter Erbrecht gewährte. Indessen haben so wenig diese beiden Senatusconsulta als die späteren Gesetze der Kaiser, welche auf diesem Fundamente weiter baueten und immer mehr Kognaten zur civilrechtlichen Erbschaft, der hereditas, beriefen, äusserlich auf das System der bonorum possessio eingewirkt. Dasselbe hat vielmehr, was die Klassen der berufenen Personen anlangt, bis auf Justinianus die Gestalt beibehalten, welche es schon im classischen Rechte besass, nur muss man im Auge behalten, dass die von den Kaisern zur hereditas berufenen Kognaten dadurch eine bonorum possessio unde legitimi, in deren ordo sie ja versetzt wurden, jedenfalls aber eine bonorum possessio quibus ex legibus erhielten [22]).

Dagegen hat sich andererseits die bonorum possessio sehr verändert und auch ihre Beziehung zum Civilrecht ist im Laufe der Zeiten eine wesentlich andere geworden als im Anfange des Instituts. Die bonorum possessio, welche, wie schon gezeigt, ursprünglich nicht den Zweck verfolgte, dem nach Civilrecht berufenen heres die Erbschaft zu entziehen, so dass dieser immer mit der heredi-

[20]) § 1 J. de S. Co. Tertulliano (3, 3).
[21]) 178 n. Chr. Geb. 932 a. u. c.
[22]) Leist: B. P. II. 2 S. 12 ff.

tatis petitio den prätorischen Erben ausschliessen und seine bonorum possessio zu einer sine re machen konnte, war nach Ausbildung der correctorischen Klassen ein mit der hereditas rivalisirendes Erbsystem geworden. Sie hatte schon, als sie noch zur bonorum possessio sine re werden konnte, dem Agnoszirenden Vortheile geboten, indem sie ihm eine Aussicht eröffnete, das Vermögen des Verstorbenen zu behalten, wenn etwa der heres sein Recht nicht geltend machte, und indem sie ihm in dem interdictum quorum bonorum ein Mittel gab, sich schnell in den Besitz der körperlichen Erbschaftssachen zu setzen und ihn durch actiones fictitiae in die Möglichkeit versetzte, die Erbschaftsschulden einzuklagen, kurz, indem sie ihn loco heredis erscheinen liess. Namentlich in der Möglichkeit, das interdictum quorum bonorum anzustellen, lag für den bonorum possessor ein grosser Vorzug; denn wenn dasselbe auch nur die körperlichen Erbschaftssachen umfasste, so führte es doch schnell zum Ziele und konnte gegen jeden Besitzer solcher Sachen gerichtet werden, welcher pro herede oder pro possessore besass [23]). Zu dieser Kategorie von Besitzern zählte auch sowol, wer in einer früheren Klasse berufen die Agnition der bonorum possessio innerhalb der bestimmten Frist versäumt, sich aber doch in den Besitz des Nachlasses gesetzt hatte, als, wer erst in einer späteren Klasse als der rechtzeitig Agnoszirende berufen die bonorum possessio vorzeitig erbeten und in Folge davon den Besitz der Erbschaftssachen erlangt hatte, als endlich auch der Civilerbe, welcher sich im Besitze der corpora hereditaria befand, um Ertheilung der bonorum possessio aber gar nicht nachgesucht hatte. Letzterer wurde dann, wollte er sein Recht auf die Erbschaft nicht aufgeben, in einem nachfolgenden Prozess in die Rolle des Klägers hineingedrängt [24]), dem bonorum

[23]) L. 1 pr. quorum bonorum (43, 2).
[24]) c. 3 C. quorum bonorum (8, 2).

possessor gegenüber also ungünstiger gestellt, da ihn die Beweislast traf. Konnte er in diesem Prozesse sein Recht darthun, so musste ihm der bonorum possessor weichen und die bonorum possessio wurde sine re. Da aber der Beweis des Erbrechts oder des näheren Erbrechts ein schwieriger war, also leicht der Beweisführer sachfällig werden konnte, so lag es auch im Interesse der Civilerben, die ihm angebotene bonorum possessio rechtzeitig zu agnosziren, um so mehr als er sich dadurch auch die Vortheile der bonorum possessio, namentlich das interdictum quorum bonorum sicherte. Das scheint denn auch regelmässig geschehen zu sein. Wenn für den Fall, dass die Civilerben ihre Erklärung verzögerten, auch zugegeben werden muss, dass die nach ihnen zur bonorum possessio Berufenen ein Interesse daran hatten, die Agnition vorzunehmen, um sich die Erbschaft für den Fall, dass die Civilerben nicht antraten, zu sichern, scheint die bonorum possessio sine re doch allmählich aus dem Rechtsleben verschwunden zu sein [25]).

In welcher Weise sich nunmehr das Verhältniss beider Erbsysteme zu einander gestaltete, lässt sich, bei der Dürftigkeit der Quellen der nachclassischen Zeit, nicht feststellen. In der Praxis muss sich indessen bald eine einheitliche Erbfolge gebildet haben, wie aus c. 20 C de episc. et cler. (1, 3) hervorgeht, wo ohne Unterschied zwischen dem Civilrecht und den prätorischen Verordnungen alle Erbklassen in bunter Mischung aufgezählt werden.

Ein Unterschied bestand jedoch rücksichtlich des Erwerbs der Erbschaft. Der nur nach prätorischem Rechte Berufene musste, sei es im ordo unde liberi, dem unde cognati oder dem unde vir et uxor, die Agnition binnen der ihm bestimmten Frist vornehmen, wenn er sein Recht

[25]) Leist: B. P. II 2 S. 12 ff.
Lenel: Beilage 3 zu dessen Vorlesungen über Familien- und Erbrecht.

nicht in der betreffenden Klasse verlieren wollte. Der Civilerbe hatte die Wahl zwischen der hereditatis aditio und der bonorum possessionis agnitio. Indessen nur, wenn er die Agnition vornahm, erhielt er das interdictum quorum bonorum und den prätorischen Besitzesschutz, das interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est [26]). Nahmen deshalb die Civilerben die Agnition vor, so war ihnen, da sie ja auch auf dem Wege der hereditatis aditio zur Erbschaft gelangten, die Beobachtung der prätorischen Förmlichkeiten eine Last, deren Beseitigung wünschenswerth erscheinen musste, und das um so mehr, je mehr solche Personen, welche vorher nur in der Klasse unde cognati zur bonorum possessio gelangen konnten, von den Kaisern Civilerbrecht, theilweise vor den Agnaten, und damit bonorum possessio unde legitimi oder quibus ex legibus erhielten [27]).

Die Ertheilung der bonorum possessio musste vor dem Prätor binnen einer bestimmten Frist unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten nachgesucht werden. Es könnte nun scheinen, als ob für die Erbinteressenten einer späteren Klasse auch die Fristen der vorhergehenden ordines zu berücksichtigen wären, auch wenn Angehörige dieser letzteren gar nicht existirten oder es unzweifelhaft war, dass diese die Erbschaft nicht antreten wollten; es könnte so scheinen, als ob solchenfalls die in einer späteren Klasse Berufenen nicht sogleich die Agnition der bonorum possessio vornehmen konnten, sondern damit warten mussten, bis nach Ablauf der für die früheren Klassen gesteckten Fristen, ihnen in ihrem ordo die Agnitionsfrist eröffnet wurde. Doch dem ist ohne Zweifel nicht so. Auch schon zur Zeit der classischen Juristen konnten die Erbinteressenten einer späteren Klasse, z. B. die Kognaten sogleich nach dem Tode des Erblassers die bonorum pos-

[26]) Tit. D. ne vis fiat ei, qui in possessionem (43, 4).

[27]) c. 1 C. de S. Co. Orphit (6, 57). c. 11 C. de suis et legit hered. (6, 55). Tit. C. de legit hered. (6, 58).

sessio agnosziren, wenn sie nur darthun konnten, dass Näherberechtigte nicht vorhanden waren [28]). In einem solchen Falle lief die Frist für die Klasse der Interessenten sofort von dem Tode des Erblassers ab, ohne dass die Fristen für die voraufgehenden ordines in Frage kamen. Es war dies also keine Erbantretung während der einer anderen Erbklasse laufenden Frist und es mussten alle übrigen Formalitäten der bonorum possessionis agnitio beobachtet werden.

Hieran wurde viel geändert durch ein Gesetz, welches die Söhne Kaiser Konstantin's im Jahre 339 n. Chr. Geb. von Laodicea aus erliessen und von welchem ein Theil in der Justinianischen Codification Aufnahme gefunden hat [29]). Nachdem schon vorher durch Constantius und Maximianus [30]) das Erforderniss der Agnition vor dem Prätor aufgehoben und die Ertheilung der bonorum possessio dem competens judex, d. h. dem Richter, in dessen Gerichtsbezirk der Erblasser verstorben war, eingeräumt worden, gestattete die c. 9 C. cit. den bei einer bonorum possessio Interessirten, dieselbe vor dem Prätor, vor jedem beliebigen Richter und vor den Duumviri ohne jede weitere Förmlichkeit nachzusuchen. Nach ausdrücklicher Vorschrift der Kaiser [31]) mussten jedoch die Fristen für die einzelnen Klassen auf das Strengste beobachtet werden, so zwar, dass eine Agnition der bonorum possessio seitens eines Erbinteressenten nach Ablauf der für ihn gegebenen Frist, abgesehen von bestimmten [32]) Ausnahmefällen, als nicht geschehen gilt, dass aber eine vorzeitige Erbittung, wie das Gesetz [33]) sich ausdrückt, inter alienam vicem id est

---

[28]) Leist: B. P. II 1 S. 299 ff. II. 2 S. 129.
[29]) c. 9 C. qui admitti (6, 9).
[30]) c. 7 C. qui admitti (6, 9).
[31]) c. 9 C. qui admitti (6, 9).
[32]) c. 8 C. qui admitti (6, 9).
[33]) c. 9 C. qui admitti (6, 9).

prioris gradus dem Erbinteressenten einer späteren Klasse nicht schaden soll. Damit ist für ihn der Nachweis geschwunden, dass er der zur bonorum possessio Nächstberechtigte sei; denn die Agnition inter alienam vicem wurde als vollgültig angesehen, so dass, wenn später wirklich die Klasse des vorzeitig Agnoszirenden zur bonorum possessio berufen wurde, eine nochmalige Agnition nicht nöthig war.

Es konnte nun leicht vorkommen, dass von mehreren Erbprätendenten, welche in verschiedenen Klassen des prätorischen Systems berufen sind, die bonorum possessio für denselben Nachlass ungefähr gleichzeitig vor verschiedenen Magistraten erbeten wurde, so zwar, dass noch für keine Klasse die Frist zur Agnition verstrichen war, dass aber für Interessenten einer späteren Klasse eine Frist noch gar nicht lief. Da die agnitio bonorum possessionis inter alienam vicem gültig war, so musste über die nähere Berechtigung zur bonorum possessio wie über ein bestrittenes Erbrecht in einem nachfolgenden Prozesse entschieden werden. Dieser Umstand trug viel dazu bei, das in der classischen Zeit der Römischen Rechtswissenschaft so einheitlich und fest construirte System der bonorum possessio unzuverlässig zu machen und allmählich zu Fall zu bringen.

Schon im Römischen Rechte muss die strenge Innehaltung der Agnitionsfristen, auch seitens der blos nach dem prätorischen Rechte zum Nachlass Berufenen, etwas geschwunden sein, wenigstens deutet darauf hin, dass die Kaiser ihre richtige Beobachtung wieder und wieder einschärften [34]).

Wie wenig im Uebrigen hereditas und bonorum possessio in der Praxis verschieden waren, ja wie beide nach der Zeit der classischen Juristen als Ein Erbrecht angesehen wurden, geht aus vielen Stellen des Codex

---

[34]) c. 8. 9. C. qui admitti (6, 9). § 9 J. de B. P. (3, 9).

Justinianeus hervor, von denen hier nur einige erwähnt sein mögen, welche zeigen, wie bald nach dem Ende der classischen Periode der Römischen Jurisprudenz eine Verschmelzung der hereditas und bonorum possessio zu einem einheitlichen Erbrecht, wenigstens dem definitiven Erfolge nach — für den Erwerb des Nachlasses blieben ja noch Unterschiede von Bestand — sich vollzogen hat [35]). Es sind hier zu nennen c. 3 C. de legit. hered. (6, 58), welche von Decius herrührt und gegen Ende sagt:

> nam et cessante jure agnationis in persona omnium, praetorii juris beneficio ad te potius, quae secundum gradum obtines, hereditas pertinet quam ad fratris filios, qui in tertio gradu constituti sunt.

Also während in der Zeit der classischen Jurisprudenz das Wort „hereditas“ nur die civilrechtliche Erbschaft, die „bonorum possessio“ dagegen nur das prätorische Institut bedeutet und Verwechselungen gar nicht vorkommen, wird hier die hereditas Personen zugesprochen, welche beneficio juris praetorii Erbrecht haben.

In der Folgezeit finden wir diesen Sprachgebrauch öfter in den Konstitutionen der Kaiser Diocletianus und Maximianus:

> c. 1 C. unde liberi (6, 14): Si avus tuus relictis tribus emancipatis filiis — also Personen, welche kein Civilerbrecht besassen und nur durch die agnitio bonorum possessionis zum Nachlass gelangen konnten — decesserit hique bonorum possessionem unde liberi acceperint, proportione heredes eos exstitisse palam est;
>
> c. 14 C. de jure delib. (6, 30): Si sorori suae frater tuus civili vel honorario jure successit, licet res ex ejus bonis descendentes non probetur tenuisse, heres tamen effectus contra possidentes experiri potest;

[35]) Leist: B. P. II 2 S. 227 ff.

c. 10 C. com. de succes (6, 59): Nutritoribus hoc nomine nec civili nec honorario jure defertur hereditas;

c. 1 C. de bonis vac. (10, 10): Scire debet gravitas tua intestatorum res, qui sine legitimo herede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas.

Vor dem Fiskus werden nach dem System der bonorum possessio noch die Kognaten und der überlebende Ehegatte berufen; demnach kann hier legitimus heres nur allgemein Intestaterbe — welcher Ausdruck auch die bonorum possessores ab intestato umfasst — nicht aber Intestaterbe nach Civilrecht oder noch weniger im ordo unde legitimi berufener bonorum possessor bedeuten.

Auch später noch wurde dieser Gebrauch beibehalten:

c. 4 C. de bonis vac. (10, 10) von Honorius, Theodosius II und Constantinus. Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem.

Also auch die Kognaten und der überlebende Ehegatte — „juris titulo“ — werden hier als legitimi heredes bezeichnet:

c. 20 C. de episc. et cler. (1, 3) von Theodosius II und Valentinianus III: nullo condito testamento decesserit nec ei parentes utriusque sexus vel liberi vel, qui agnationis cognationisve jure junguntur vel uxor exstiterit, et c.;

c. 1 i. f. C. de sec. nuptiis (5, 9) von Gratianus, Valentinianus II und Theodosius I: Eandem mulierem infamem redditam hereditates ab intestato vel legitimas vel honorarias non ultra tertium gradum sinimus vindicare.

Ausserdem findet sich noch eine ganze Anzahl von

Stellen, in denen ohne Unterschied zwischen Civilrecht und prätorischer Verordnung von einer successio die Rede ist, dieses Wort also beide Erbsysteme umfasst [36]).

Aus allen diesen Stellen sieht man, wie sehr in der Praxis die hereditas und die bonorum possessio zu Einem Erbrecht zusammengefallen waren. Nun wird es erklärlich, wie auch für den bonorum possessor eine erbschaftliche Universalklage nach dem Muster der hereditatis petitio entstehen konnte, und das um so mehr, als seit dem Ende der classischen Periode der Römischen Rechtswissenschaft der ordentliche Römische Civilprozess mit seiner Zweitheilung des Verfahrens in das Verfahren in jure vor dem Prätor und in das in judicio vor dem vom Prätor zur Entscheidung des Rechtsstreits ernannten Richter seinem Untergang entgegenging. Mit ihm schwand auch der Unterschied der dem bonorum possessor zur Einklagung der Erbschaftsschulden zustehenden Rechtsmittel, der actiones fictitiae, von den actiones directae des Erben und war nunmehr kein Grund mehr vorhanden, dem bonorum possessor neben den Einzelklagen eine Erb-Universalklage, wie der heres sie in der hereditatis petitio hatte, vorzuenthalten, da er ja loco heredis sein, also eine dem heres in jeder Beziehung gleiche Stellung einnehmen sollte. Diese Klage fand man darin, dass man dem bonorum possessor wie auch dem Universalfideicommissar die hereditatis petitio zugänglich machte in der Form der hereditatis petitio possessoria bezw. fideicommissaria. Ersteres Rechtsmittel ist keineswegs eine Erfindung der Compilatoren [37]), noch stammt es bereits aus der Zeit der classischen Juristen [38]) oder gar von Julianus, dem Ver-

---

[36]) c. 4 C. qui admitti (6, 9). c. 2 C. unde legitimi (6, 12).

[37]) So Fabricius: Rheinisches Museum IV S. 178 ff. S. 209 ff. und Bonorum possessio S. 200.

[38]) So von Löhr: Magazin IV S. 418.
von Vangerow: Pandecten II § 509 Anm. 1.

fasser des edictum perpetuum [39]), es hat sich vielmehr in der Epoche des Sinkens der Römischen Rechtswissenschaft — ca. 250 bis 350 n. Chr. Geb. — ausgebildet, als der ordentliche Römische Civilprozess schon seinem Untergange nahe war und das Bedürfniss nach Umgestaltung bezw. Ergänzung der Rechtsmittel für den bonorum possessor sich geltend machte. Es beruht auf der Auffassung, dass die bonorum possessio ein definitives Erbrecht sei [40]). Durch Entstehung der hereditatis petitio possessoria war wieder ein Unterschied zwischen der hereditatis und der bonorum possessio gefallen, indem der bonorum possessor durch die hereditatis petitio possessoria in Bezug auf die Wirkung des Rechtsmittels dem heres ganz gleichgestellt ward [41]).

Wir finden also, dass das Römische Erbrecht sich in der Praxis als ein einheitliches gestaltete, wenn es auch aus zwei verschiedenen Systemen hervorgegangen war, und dass Alles dahin drängte, auch den letzten Unterschied verschwinden zu lassen.

Wie leicht eine Verschmelzung beider Erbsysteme auch im Römischen Rechte geschehen konnte, lehrt uns ein Blick auf die Gesetze einiger anderer Völker, in denen das Römische Recht grundleglich gemacht wird.

Das edictum Theodorici erwähnt die bonorum possessio gar nicht. Auch die lex Romana Burgundionum kennt einen Unterschied zwischen hereditas und bonorum possessio nicht, gebraucht vielmehr [42]) beide Ausdrücke synonym mit successio für Erbschaft. Das breviarium Alari-

---

[39]) So Arndts: Beiträge I S. 50.

[40]) Rücksichtlich des Ursprungs der hereditatis petitio possessoria vgl. die überzeugenden Ausführungen von Leist: B. P. II 2 § 120 ff. und Leist: Serie der Bücher XXXVII und XXXVIII in der Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar Bd. II S. 292 ff.

[41]) L. 1. 2 de posses. H. P. (5, 5).

[42]) Lex Romana Burgundionum: Tit. X de successionibus diversis §§ 3. 7. 8. 10 in Monumenta Germaniae tom XV S. 602 f.

cianum endlich oder die lex Romana Wisigothorum spricht geradezu aus, dass der Unterschied zwischen der hereditas und dem System der bonorum possessio für das Westgothenreich aufgehoben sei [43]).

Daraus geht auch hervor, in welch hohem Grade sich schon im Römischen Reiche die hereditas und die bonorum possessio zu einer einheitlichen Erbfolge verschmolzen hatten. Einen weiteren Belag dafür finden wir gleichfalls in der Westgothischen Compilation, nämlich in Gai institutionum epitome II tit. 8, wo in bunter Reihenfolge Bestandtheile des Civilrechts und des prätorischen Rechts aufgeführt sind [44]). Man hat im Westgothenreiche das Institut der bonorum possessio ausgemerzt und seine Vortheils auf die hereditas übertragen, indem das interdictum quorum bonorum auch dem Civilerben ohne Agnition der bonorum possessio zugänglich gemacht wurde [45]). Denn durch die Präsumtion der agnitio bonorum possessionis, welche für jeden Erben mit dem Erbschaftsantritt stattfand, mussten auch die prätorischen Rechtsmittel für den Erben erworben werden [46]).

Dagegen hat das Römische Recht diesen Schritt nicht gethan. Es lag in seinem Charakter, sich noch längere Zeit an die Formen eines Rechtsinstituts zu halten, auch wenn das Bedürfniss für dasselbe schon geschwunden war, z. B. bei der cretio, bei den strengen Formen des Legats und dessen Scheidung vom Fideicommiss. Die Fristen für die Agnition der bonorum possessio und einige Förmlichkeiten der prätorischen Erbantretung beizubehalten, lag ausser-

---

[43]) Interpretatio zu c. un. C. Th. de cretione vel B. P. (4, 1). Cretio et bonorum possessio antiquo jure a praetoribus petebatur, quod explanari opus non est, quia legibus utrumque sublatum est.

[44]) Gai epitome II tit. 8 pr. § 3. § 7.

[45]) Interpretatio zu c. 1 C. Th. de legit. hered. (5, 1): bonorum possessio praesumatur.

[46]) Interpretatio zu tit. C. Th. quorum bonorum (4, 19).

dem nicht allzu fern, denn die bonorum possessio gewährte noch immer in dem interdictum quorum bonorum den Vortheil, sich schleunig in den Besitz der Erbschaftssachen setzen zu können. Freilich war diese Wirksamkeit des Interdicts auf das Intestaterbrecht beschränkt; für das Gebiet der testamentarischen Succession hatte sich seit Hadrianus in der missio ex edicto Divi Hadriani ein anderes Rechtsmittel ausgebildet, welches mit dem interdictum quorum bonorum Zweck und Gegenstand theilt, daher mit ihm für das testamentarische Erbrecht zusammengefallen ist, aber auch dem Civilerben zustand. Man hätte nun auch für die Intestaterbfolge das interdictum quorum bonorum, wie das in der Westgothischen Compilation geschehen ist, dem Civilerben zugänglich machen können. In der That machen von Löhr[47]) und Heimbach[48]) geltend, dass das interdictum quorum bonorum schon von Arcadius und Honorius dem civilrechtlichen heres auch ohne bonorum possessionis agnitio gegeben worden sei nach c. 3 C. quorum bonorum (8, 2). Aber dieses Gesetz enthält gar nichts von einer solchen Rechtsänderung.

Indessen nicht blos rücksichtlich der Anstellbarkeit des interdictum quorum bonorum hat sich im Römischen Rechte ein Unterschied zwischen dem heres und dem bonorum possessor erhalten, auch die Antretungsformen, wie sie sich seit dem Gesetze der Kaiser Constantius, Constantinus II und Constans vom Jahre 339 n. Chr. Geb.[49]) ausgebildet hatten, sind noch im Justinianeischen Rechte von Bestand geblieben.

Der Civilerbe hatte die Wahl zwischen der hereditatis aditio, der pro herede gestio und der bonorum possessionis agnitio; er erwarb, mochte er sich der einen oder der anderen Form bedienen, immer die Erbschaft nach civilem

[47]) von Löhr im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XII S. 337.

[48]) Heimbach in Weiske's Rechtslexicon Bd. II S. 313.

[49]) c. 9 C. qui admitti (6, 9).

Recht; denn in dem Erbitten der bonorum possessio lag ein pro herede gerere [50]). Anders dagegen für die blos vom Prätor zum Nachlass Berufenen, die Emanzipirten für die Klasse unde liberi, die Kognaten, soweit sie nicht im Laufe der Zeiten Civilerbrecht erhalten hatten, und für den überlebenden Ehegatten. Für diese war immer noch eine bonorum possessionis agnitio nothwendig. Hier hat Justinianus ändernd eingegriffen. Er hat, freilich nicht mit ausdrücklichen Worten, auch für die ebengenannten Klassen die Nothwendigkeit aufgehoben, sich, um zu dem Nachlass des Verstorbenen zu gelangen, der bonorum possessionis agnitio zu bedienen.

In seinen grossen Reformgesetzen [51]) über das Transmissionsrecht und das jus deliberandi spricht er ganz allgemein von successores, ohne einen Unterschied zwischen heredes und bonorum possessores zu machen; er zeigt aber auf das Deutlichste, dass er sowol die Civilerben als die blos kraft prätorischer Verordnung zum Nachlass Gerufenen seinen Gesetzen unterwerfen will [52]).

Man kann also sagen, dass seitdem das Römische Erbrecht wie in der Praxis schon längere Zeit, so jetzt auch in der Theorie wieder einen einheitlichen Charakter gewonnen hat, dass alle Erben jetzt gleichmässig nach Civilrecht berufen werden. So erklärt es sich auch, dass Justinianus allen Erbfolgern [53]) ohne Unterschied, ob die Delation der Erbschaft an sie ihren Ursprung in dem alten Civilrecht oder den prätorischen Verordnungen hatte,

---

[50]) c. 12 C. de jure delib. (6, 30).

[51]) cc. 19—22 C. de jure delib. (6, 30).

[52]) c. 19 C. de jure delib. (6, 30): in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam und weiter unten: sed si nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat. Hier wird gradezu den Kognaten die hereditatis aditio und pro herede gestio eingeräumt, ohne dass der bonorum possessionis agnitio, welche sie ja bis dahin vornehmen mussten, gedacht wird.

[53]) c. 19 C. de jure delib. (6, 30).

das beneficium transmissionis einräumt, welches vorher zwar dem heres in gewissen Fällen, niemals aber dem bonorum possessor zugestanden hatte. So erklärt es sich weiter, dass er einige Jahre später allen Erben ohne Ausnahme das beneficium inventarii verleiht [54]).

Also Justinianus hat für alle Klassen der bonorum possessio die Nothwendigkeit der Agnition binnen bestimmter Frist vor bestimmten Magistraten aufgehoben. Zwar ist die bonorum possessio unde vir et uxor nicht genannt, wie es mit den Kognaten [55]) der Fall ist; es unterliegt aber keinem Zweifel, dass auch für diese Klasse das beneficium inventarii gilt und sie unter dem: alios ceteros [56]) inbegriffen ist.

Diesem Resultate widerspricht auch nicht, dass Justinianus in den Pandecten [57]) und im Codex [58]) die Agnitionsfristen als geltendes Recht darstellt. Es erklärt sich das einerseits aus dem conservativen Charakter des Römischen Rechts, andererseits aber dadurch, dass zur Erreichung des interdictum quorum bonorum, so gering auch der durch dasselbe gewährte Vortheil nunmehr noch sein mochte, und für die Nebeninstitute der bonorum possessio, die provisorischen Besitzeinweisungen, bonorum possessio ex edicto Carboniano, missio ventris nomine und bonorum possessio quae curatori furiosi datur, die Agnition vor den Magistraten binnen bestimmter Frist nothwendig war; eine Aufhebung dieser Vorschrift im Römischen Rechte ist nie erfolgt, vielmehr hat Justinianus dieselbe ausdrücklich bestätigt [59]).

Etwas Anderes könnte man aus den Institutionen [60])

---

[54]) c. 22 i. f. C. de jure delib. (6, 30): in alios omnes.
[55]) c. 19 C. de jure delib. (6, 30).
[56]) c. 22 C. eod.
[57]) Buch XXXVII und XXXVIII.
[58]) Buch VI tit. 9—20. 59.
[59]) c. 7 § 3 C. de curat furiosi (5, 70).
[60]) Tit. J. de B. P. (3, 9).

entnehmen wollen. Es könnte nämlich so scheinen, als ob Justinianus hierin die ganze Lehre von der bonorum possessio als ein geschlossenes System des geltenden Rechts gegenüber der hereditas vortrüge. Dem ist jedoch nicht so. Der tit. J. de B. P. (3, 9) hat offenbar nur referirende Bedeutung, während das geltende Intestaterbrecht in den voraufgehenden Titeln des dritten Buchs der Institutionen geschildert ist, welche in bunter Mischung Bestandtheile des alten Civilrechts und der prätorischen Verordnungen [61]) enthalten. Die bonorum possessio unde vir et uxor finden wir in der Darstellung des geltenden Erbrechts übergangen, zweifelsohne ist sie jedoch auch nach Justinianeischem Rechte in Geltung geblieben; es wurde ihrer nur nicht Erwähnung gethan, weil sie bei der Seltenheit ihrer praktischen Anwendung einer besonderen Darstellung entrathen zu können schien [62]).

Wir gelangen also zu dem Resultat, dass im Justinianeischen Rechte, bevor noch die Novellen erlassen wurden, die bonorum possessio bereits aufgehört hatte, als ein eigenes Erbsystem der hereditas gegenüber zu stehen, dass in Folge dessen die prätorischen Bestimmungen über Erbantretung und Erbschaftserwerb unpraktisch geworden sind und die Regeln über die Agnition der bonorum possessio, namentlich über die strenge Innehaltung der Fristen, nur insoweit ihre Geltung bewahrt haben, als ihre Beobachtung für den Erwerb des interdictum quorum bonorum und der provisorischen Besitzeinweisungen, missio ventris nomine, bonorum possessio Carboniana und bonorum possessio furiosi nomine erforderlich ist [63]).

---

[61]) § 14 ff. J. de hered. quae ab int. (3, 1). § 7. 8 J. de legit. agnat. suc. (3, 2). Tit. J. de suc. cognat. (3, 5).

[62]) Zu beachten § 6 J. de B. P. (3, 9).

[63]) Leist: B. P. II 2 S. 235 ff. Leist: Serie der Bücher XXXVII und XXXVIII in der Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar Bd. II S. 325 ff.
Lenel: Beilage 3 zu dessen Vorlesungen über Familien- und Erbrecht.

In den Novellen findet sich die bonorum possessio nur an zwei Stellen erwähnt, aber nicht als ein Erbsystem, welches seine besonderen Erbantretungsvorschriften hat, sondern die in beiden Stellen [64]) gebrauchten Ausdrücke deuten nur auf Anstellung einer Klage hin, welche der Patron — nur von einem solchen ist hier die Rede — vornehmen soll. Es braucht hier nicht weiter auf diese Stellen eingegangen zu werden, da das Römische Patronatrecht nicht ein Bestandtheil des heute geltenden gemeinen Rechts geworden ist.

Ausser in den beiden angeführten Stellen wird in den Novellae constitutiones die bonorum possessio gar nicht genannt und es ist niemals von einem Beobachten ihrer Vorschriften die Rede, dagegen finden sich manche Andeutungen, dass unter den „heredes" der Novellen alle Erben ohne Unterschied, ob sie im vorjustinianeischen Rechte durch das Civilrecht oder durch prätorische Verordnungen berufen waren, zu verstehen sind und dass hereditatis aditio und pro herede gestio für alle Erbberechtigten als genügende Formen des Erbschaftsantritts anerkannt werden [65]).

Durch Nov. 118 hat Justinianus die Erbfolge geändert. Von dem Satze der XII Tafeln: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, proximus adgnatus familiam habeto waren im Laufe der Zeiten so zahlreiche Ausnahmen gemacht worden, dass die Römische Erbfolge in der letzten Zeit vor Erlass der Nov. 118 als fast prinziplos erscheint. Diesem Uebelstande half Justinianus ab, indem er das Prinzip der Agnation aufgab und für die neue Erbfolgeordnung allein das der Blutsverwandtschaft grundleglich

---

[64]) Nov. 18 cap. 5 verbo: aut certe manumissor bonorum possessionem movens et insurgens und gleichlautend Nov. 89 cap. 12 § 4.

[65]) Nov. 1 cap. 1 § 4. Nov. 158 praef. i. f. Nov. 22 cap. 46. Nov. 92 cap. 1; ja Nov. 22 cap. 22 § 1 kennt sogar eine hereditas cognatorum.

machte, ohne einen Unterschied zu statuiren, ob männliche oder weibliche Verwandte zur Erbschaft berufen wurden, oder ob eine capitis deminutio minima sei es durch Adoption oder durch Emanzipation auf Seiten eines Delaten vorgekommen war. Dabei ist jedoch zu bemerken, dass an dem Recht der Adoptirten [66]) durch die Nov. 118 nichts geändert wurde.

Es ist einleuchtend, dass eine solche Umgestaltung des Erbrechts auch auf die bonorum possessio einwirken musste, selbst wenn diese nicht mehr als ein eigenes System dem Civilrechte gegenüberstand. Denn Justinianus hatte, wenn er auch die früher blos kraft der prätorischen Verordnungen zum Nachlass Berufenen der Pflicht der Agnition der bonorum possessio vor dem Richter binnen einer bestimmten Frist entbunden und die Formen der hereditatis aditio und pro herede gestio als für jeden Erbschaftserwerb genügend anerkannt hatte, doch nicht die Regeln der prätorischen Erbantretung express aufgehoben, sie vielmehr für den Erwerb des interdictum quorum bonorum und der provisorischen Besitzeinweisungen fortbestehen lassen. Damit war jedem Erben die Wahl zwischen den Erbschaftserwerbsformen des Civilrechts und des jus honorarium — für letzteres in der ihn umfassenden Klasse — freigestellt.

Wenn nach der Nov. 118 die Regeln der bonorum possessio für die Erbantretung practische Geltung behalten sollten, so ist ohne Weiteres klar, dass sie sich, da sie auf dem Prinzip der Agnation beruhten, und erst in der dritten Klasse die Kognaten berücksichtigten, dem neuen System, welches durchweg auf der Blutsverwandtschaft basirte, anschmiegen, oder aus dem Rechtsleben verschwinden mussten. Letzteres ist geschehen. Durch die Nov. 118 wurden die prätorischen Erbklassen unde liberi und unde cognati ohne Weiteres hinfällig. Die Voraussetzungen für

---

[66]) c. 10 C. de adoptionibus (8, 48).

erstere waren ja schon vor der Nov. 118 durch die Aenderung des Rechts der Emanzipation aufgehoben; für die letztere blieb kein Raum mehr, da ja alle Kognaten, welche nicht schon Civilerbrecht besassen, solches erhielten und somit für sie eine bonorum possessio unde legitimi oder quibus ex legibus entstehen musste. Damit wäre dann das System der bonorum possessio auf die beiden Klassen des ordo unde legitimi und des ordo unde vir et uxor beschränkte gewesen und müsste innerhalb des ersteren eine successio ordinum et graduum nach Massgabe der Nov. 118 eintreten, eine Aenderung im System der bonorum possessio, welche das bisherige Prinzip der prätorischen Erbantretung vollständig verlassen hätte und welche nirgends angedeutet ist. Nun ist freilich die prätorische Erbantretung weder durch die Nov. 118 noch durch ein späteres Gesetz ausdrücklich aufgehoben worden. Nach den schon vor den Novellen bestehenden Verhältnissen ist indessen der Schluss gerechtfertigt, dass in der letzten Zeit des Römischen Rechts die bonorum possessio gänzlich in dem Civilrecht aufgegangen ist und nichts von demselben Abweichendes zeigte.

Das gilt auch von der bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor, deren Vorkommen bei der Mehrheit ihrer Bedingungen und der Vorliebe der Römer, Testamente zu errichten, ohnehin nur ein seltenes gewesen sein muss; es ergibt sich das aus dem Umstande, dass sie in der Schilderung des geltenden Erbrechts [67]) nicht aufgeführt und bei der Neuregelung des Intestaterbrechts durch Nov. 118 gänzlich übergangen ist.

Es ist noch hinzuzufügen, dass Justinianus bei seinen Neuschöpfungen im Intestaterbrecht, dem Erbrecht der armen Wittwe und dem Erbrecht der liberi naturales gegenüber ihrem Erzeuger und umgekehrt, der bonorum possessio als einer Erbantretungsform gar nicht gedenkt,

---

[67]) Tit. J. (3, 1—6).

ein Beweis, wie wenig Bedeutung sie damals gehabt haben muss. [68])

Wir gelangen nunmehr zu der Frage: Ist bei der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland auch das Institut der bonorum possessio mit herübergenommen worden und in welchem Umfange ist das geschehen?

Zuvor aber müssen wir einen Blick auf das Deutsche Recht werfen und sehen, ob in demselben sich etwas dem prätorischen Rechte Analoges findet. Im Deutschen Rechte hat es einen Komplex von Rechtsregeln, wie ihn das jus honorarium der Römer im Gegensatz zum Civilrecht bildete, nie gegeben: es hat sich demnach ein der bonorum possessio ähnliches Institut nie bei den Germanen entwickeln können. Wir finden in keiner Deutschen Rechtsquelle, von den leges barbarorum an bis auf die Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland, einen Unterschied im Rechte, wie ihn das Römische Recht im Civilrecht und in den prätorischen Verordnungen kennt, auch nur angedeutet. Um speziell auf das Erbrecht zu kommen, so beruht das Deutsche Recht auf wesentlich anderen Prinzipien als das Römische. Letzteres hat, abgesehen von den heredes necessarii, die Maxime aufgestellt, dass es noch einer Erklärung des Berufenen bedürfe, ob er den Nachlass des Verstorbenen als Erbe erwerben wolle oder nicht; in den Bestimmungen des Prätors war man soweit gegangen, diese Erklärung von Allen, welche bonorum possessores werden wollten, also auch von den Gewaltunterworfenen des Verblichenen zu fordern [69]). Das Deutsche Recht dagegen war auf dem Grundsatz aufgebaut: „Der Todte erbt den Lebendigen", d. h. der Erbe erhält sogleich nach dem Tode des Erblassers den Nachlass, er mag wollen oder nicht; einer Erklärung über seinen Erwerbswillen bedarf es nicht, ja eine Erklärung,

[68]) Nov. 53 cap. 6 Nov. 117 cap. 5. Nov. 18 cap. 5. Nov. 89 cap. 12. 13.

[69]) L. 3 § 3 de B. P. (37, 1).

dass er die Erbschaft nicht erwerben wolle, ist wirkungslos. Aus diesem Satze ergibt sich, dass dem älteren Deutschen Rechte eine letztwillige Verfügungsbefugniss des Erblassers, wie sie die Römer in der testamenti factio des pater familias kannten, völlig fremd war. Mit dem Eindringen der Testamente aus dem Römischen Rechte und der Entstehung der Erbverträge, was beides mit Hülfe des canonischen Rechts geschah, wurde der Deutsche Gedanke zurückgedrängt, doch wurde das Römische Recht nicht unverändert übernommen. Schon das Recht derjenigen Deutschen Stämme, welche auf dem Gebiete des Römerreiches Staaten gegründet hatten, hatte lähmend auf die Fortentwickelung des Römischen Rechts eingewirkt. Denn wenn auch alle Deutschen Völkerschaften, wie das häufige Vorkommen der sogenannten professiones juris lehrt, damals dem Nationalitätsprinzip huldigten und demzufolge auch den besiegten Römern ihr ererbtes Recht liessen, so ist doch ohne Weiteres einleuchtend, dass manches Fremde in das Rechtsbewusstsein der Römer eindringen musste, zumal sie in Streitigkeiten mit ihren Siegern deren Recht zur Anwendung kommen sahen. So wurde dem Römischen Rechte die Kraft der selbstständigen, consequenten Weiterbildung genommen, und wenn es auch niemals aufgehört hat zu gelten, so wurde es doch seit der Germanenherrschaft stabil.

Erst um die Mitte des elften Jahrhunderts erwachte wieder, zuerst in Italien, eine neue Römische Rechtswissenschaft, aber eine ganz andere als die zur Zeit der classischen Juristen. Während die letzteren hervorragend die Träger der Entwickelung des Römischen Rechts gewesen waren, lehrten die neuen Rechtslehrer, die Glossatoren, nur nach den Vorschriften Justinian's, ohne näher auf deren Berechtigung einzugehen, und strebten nur den Standpunkt der Compilatoren zu erkennen. Das Römische Recht, welches sie so, wie es in der Justinianeischen Codification enthalten war, für das absolute Recht hielten,

so dass es nur der Erläuterung bedürfe, weiterzubilden und mit ihrem Rechte in Einklang zu bringen, wurde von ihnen gar nicht versucht.

Bei ihnen lernten die Deutschen das Römische Recht kennen. Die Idee, dass dem Deutschen Kaiserthume die Weltherrschaft gebühre und dass es nur eine Fortsetzung des Römischen Cäsarenthums sei, übertrug sich auch auf das Rechtsgebiet und liess die Ansicht aufkommen, dass die Gesetze der Römischen Kaiser auch für die Deutschen als ihre Nachfolger verbindliche Kraft besässen, und dass dem Römischen Rechte die ganze Welt sich unterwerfen müsste. Hinzu kommt, dass das Römische Recht dem damaligen Deutschen sehr überlegen war, da es sich durch die Codificationen als ein unwandelbares Ganzes, durch und durch fein Ausgearbeitetes darstellte, während das Deutsche Recht nur Gewohnheitsrecht ohne einheitliche Ausbildung, nach Stämmen verschieden und deshalb mancherlei Schwankungen unterworfen war. Kein Wunder also, dass man in der Justinianeischen Compilation nach Anleitung der Glossatoren Bestimmungen über alle Rechtsverhältnisse getroffen glaubte, dass man das fremde Recht auch in der Heimat, wo ja der Rechtszustand, da kein geschriebenes, allgemein verbindliches Recht bestand, dringend der Besserung bedurfte, in Anwendung brachte, zunächst bei Fragen, in denen das einheimische Recht keinen Aufschluss gab, dann aber auch neben dem angestammten Rechte, so dass letzteres allmählich beschränkt und verdrängt wurde und nur in solchen Ländern siegreich sich behauptete, wo, wie in Sachsen der Sachsenspiegel, ein Deutsches Rechtsbuch Gesetzeskraft erlangte, oder wo wie in Oldenburg und Westfalen die Bevölkerung des Landes vorwiegend aus Bauern bestand, welche zäh an den ererbten Gewohnheiten festhielten.

Da die Deutschen das Römische Recht durch Vermittelung der Rechtsschule zu Bologna kennen lernten, so blieb ihnen, was dort nicht Gegenstand der Vorlesungen

war, unbekannt. Dasselbe ist nie zur Rezeption gelangt, auch nicht, als es später, nachdem sich auch in Deutschland eine forschende Rechtswissenschaft gebildet hatte, aufgedeckt wurde. Doch selbst in dem Umfange, wie es zu Bologna gelehrt wurde, konnten die Deutschen das Römische Recht nicht völlig auf ihre Heimat übertragen. Sie mussten die Aenderungen in Betracht ziehen, welche dasselbe durch das canonische Recht erlitten hatte und mussten auch auf die Gewohnheiten ihres Volkes Rücksicht nehmen, so dass sie nicht alle Deutschrechtlichen Institute dem Römischen Rechte preisgeben konnten, wenn sie sich auch bemüheten, möglichst wenig Ausnahmen gelten zu lassen und durch zuweilen sehr künstliche Interpretationen die Deutschrechtlichen Institute einem Römischen Rechtssatze unterzuordnen.

Untersuchen wir nun, wie es dem Römischen Intestaterbrecht ergangen ist. Die Glossatoren haben die Materie der bonorum possessio zum Gegenstande ihrer Vorlesungen gemacht, wie aus den zahlreichen Kommentaren zu den einschlägigen Pandecten- und Codextiteln hervorgeht [70]) und zwar haben sie diese Materie vorgetragen, als ob sie auch im Justinianeischen Rechte einen Gegensatz zum Civilrecht bildete und haben gelehrt, dass die bonorum possessionis agnitio in allen Fällen eine utilis, in manchen sogar eine necessaria ist [71]).

Auf diesem Standpunkt blieben auch die Kommen-

---

[70]) Placentinus: Summa ad tit. C. qui admitti.
Azo: Summa ad tit. C. qui admitti.
Hugolinus: Summa zu den Digesten.
Accursius: Glossa ad tit. J. de B. P.
Accursius: Glossa ad D. Lib. XXXVII, XXXVIII.
Accursius: Glossa ad tit. C. qui admitti.

[71]) Vgl. die eben Citirten.
Schirmer: Erbrecht Th. I § 7 Anm. 53.
Leist: B. P. II 2 § 176 ff.

tatoren stehen [72]). Aber diese haben nur die Arbeiten der Glossatoren weiter glossirt [73]). Wir können daraus ersehen, wie wenig sich diese Schule um die Fortentwickelung des Rechts bekümmerte, wie sie vielmehr nur in historisch-exegetischer Darstellung zu glänzen suchte.

Die Deutschen haben also während ihres Rechtsstudiums in Italien auch das Institut der bonorum possessio kennen gelernt und es fehlt nicht an Zeugnissen, dass sie versucht haben, es in ihre Heimat zu verpflanzen. Indessen ist das nicht gelungen. Der Grund davon liegt nicht in der richtigen Erkenntniss des Justinianeischen Rechts, wo ja, wie wir gesehen haben, die Agnitionsregeln nur ein Scheinleben fortführten, während das Institut der bonorum possessio als eigenes Erbsystem nicht mehr anerkannt wurde; denn die Deutschen hielten nach dem Vorgang der Glossatoren die bonorum possessio für ein noch practisches Institut des Justinianeischen Rechts [74]). Auch ist der Grund nicht darin zu suchen, dass die rezipirenden Deutschen die Schwierigkeiten bei der Regelung des Verhältnisses des Erbrechts der Nov. 118 zur bonorum possessio intestati erkannt und deshalb die Rezeption der Rechtssätze, welche die prätorische Erbfolge betreffen, aufgegeben hätten; denn von einem solchen Grunde findet sich bei keinem Schriftsteller, welche seit der Rezeption das Römische Recht behandelt haben, eine Andeutung. Der Grund ist vielmehr ausserhalb des Römischen Rechts

---

[72]) Statt aller vgl. Bartolus: Comment. ad tit. C. qui admitti.
Bartolus: Comment. ad tit. C. unde legitimi.
Baldus: Comment. ad tit. C. qui admitti.
Baldus: Comment. ad tit. C. unde legitimi.

[73]) Vgl. Alciatus: Paradoxa, prooemium zu Lib. IV: Jnolevit apud nostros professores ea consuetudo, ut quotiescunque legem aliquam interpretentur, ex eadem quaedam pronunciata eliciant, quae notabilia dicuntur, tum ex iis ad Accursii, mox Bartoli commentarios transeant eosque referant et ad verbum paene explicent.

[74]) Leist: B. P. II 2 § 182 ff.
Schirmer: Erbrecht Th. I § 7 Anm. 53.

zu suchen in der Natur des Deutschen Erbrechts, welches, wie schon gezeigt, auf ganz anderen Prinzipien beruhte als das Römische und einen Unterschied zwischen Civilrecht und prätorischem System nicht kannte.

Wie schon gesagt, sahen die Deutschen in dem in der Justinianeischen Compilation enthaltenen Römischen Rechte ein auch für sie verbindliches Recht, sie glaubten darin Bestimmungen für alle Rechtsverhältnisse getroffen und rezipirten es daher in complexu d. h. als ein Ganzes ohne Rücksicht auf seine einzelnen Theile. Damit ist aber nicht gesagt, dass sie, ausgenommen das, was zu Bologna nicht gelehrt wurde, alles rezipirt hätten, was nicht bereits durch das Römische und canonische Recht aufgehoben war. Wir haben auf anderen Rechtsgebieten genügende Beispiele, dass nicht alles von den Deutschen herübergenommen wurde, was noch von den Glossatoren vorgetragen wurde. Es ist nur kurz zu erinnern an das dem Deutschen Sinne fremdartige und deshalb nicht rezipirte Institut der donatio propter nuptias. Auf der anderen Seite erweiterte man das Römische Recht, man modifizirte die Lehre vom Notherbrecht; man gab auch den in einer putativen Ehe erzeugten Kindern ein Erbrecht, wie es die ehelichen Kinder hatten, und den unehelichen Kindern ein freilich beschränktes Erbrecht gegen ihren Erzeuger, indem man den Römischrechtlichen Begriff der liberi naturales, der Konkubinenkinder, auf alle unehelichen Kinder mit Ausnahme der in einer incestuosen Ehe erzeugten anwandte und das Institut des Konkubinats beseitigte. Diese letzteren Aenderungen haben ihren Grund in dem canonischen Rechte [75]). Zweifellos ist bei diesen neuen Erweiterungen

[75]) Tit. X de succes. ab intest. (3, 27). C. 2. 8. 14. 15 X qui filii sint legit. (4, 17). C. 3 § 1 X de cland. despons. (4, 3). Dist. 34, c. 4 und Gl. dazu. Gl. ad Dist. 34, c. 5, c. 6. Causa 32 qu 2 c. 12. Causa 32 qu 4 c. 4, 9. RPO. (Reichspolizeiordnung) von 1530 tit. 33. RPO. von 1548 tit. 25 § 1. RPO. von 1577 tit. 26 § 1.

des Intestaterbrechts, ebensowenig, wie nach Justinianeischem Rechte für die Erbinteressenten der Nov. 53 cap. 6; Nov. 117 cap. 5; Nov. 18 cap. 5; Nov. 89 cap. 12. 13, jemals eine bonorum possessionis agnitio zur practischen Anwendung gekommen; wenigstens finden wir nichts von einer solchen.

Was nun die bonorum possessio betrifft, so stellte sie sich den rezipirenden Deutschen dar als ein in sich geschlossenes Erbsystem, welches auch nach Justinianeischem Rechte dem Civilrecht gegenüberstand, an welchem Verhältniss auch die Neuregelung des Intestaterbrechts durch Nov. 118 nichts geändert hatte. Sie fanden keine Andeutung einer Umgestaltung des Verhältnisses oder gar einer Aufhebung der bonorum possessio im Römischen Rechte; das canonische Recht gedenkt dieses Instituts gar nicht. Danach würde also, wenn wir einmal den Standpunkt einnehmen wollen, dass gemäss der in complexu erfolgten Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland alles seine Geltung behalten habe, was nicht ausdrücklich aufgehoben sei, auch das Institut der bonorum possessio practische Bedeutung haben, als ein eigenes Erbsystem dem der Nov. 118 gegenüber treten und so in dem Römisch-Deutschen Erbrechte sich ein Unterschied zwischen dem Civilrechte und dem Komplex der prätorischen Verordnungen erhalten haben, während dies auf anderen Rechtsgebieten nicht der Fall ist. Das wird auch von denjenigen, welche die Geltung der bonorum possessio nach der Rezeption des Römischen Rechts vertheidigen, anerkannt [76]).

[76]) Stryk: Successio ab intestato. diss. IX cap. 2 § 26. cap. 6 § 6. diss. I cap. 1 § 64—66.
Stryk: Usus modernus Pandectarum § 2. 3 ad Lib. XXXVII.
Bachovius: Ad Treutlerum; Vol. II disp. XV Thes. II lit. D. Thes. V lit. D. Thes. VI lit. K.
Reinhardt: Selectae Observationes, Vol. IV obs. 7.
Scipio Gentilis: De jurisdictione lib. 1 c. 21.
Sichardus: Praelectiones in Codicem, § 9 ad tit. C. qui admitti (6, 9).

Ja von Manchen [77]) wurde dem prätorischen Rechte ein grosses Gebiet vindizirt, indem sie in dem statutarischen Rechte, dem Rechte ex edictis vel statutis principum vel ducum etwas dem jus honorarium der Römer Analoges erblickten und die Vorschriften dieses auf jenes übertrugen. Welch grosser Irrthum dies ist, liegt auf der Hand und ist auch schon von anderen damaligen Deutschen Juristen erkannt worden [78]). Es erübrigt noch, die Gründe zu prüfen, welche die Vertheidiger der Geltung der bonorum possessio in Deutschland vorbringen. Wir finden dieselben alle aufgezählt bei Stryk [79]) und brauchen daher auf die Darstellung der anderen Juristen nicht einzugehen.

Zunächst soll, wie schon gesagt, das Fortbestehen der bonorum possessio darauf beruhen, dass das Römische Recht in complexu rezipirt sei, also alles Gültigkeit behalten habe, was nicht ausdrücklich aufgehoben sei; dieses sei aber mit dem Institut der bonorum possessio entschieden nicht der Fall. Wer so argumentirt, übersieht ganz, dass ein Unterschied zweier selbstständig neben einander stehender Rechtsmassen, wie sich das Römische Civilrecht und das System der prätorischen Verordnungen ihnen darstellte, den rezipirenden Deutschen fremdartig war und sie keinen Grund hatten, ihn mit herüber zu

---

Hoppius: Commentarii ad Institutiones S. 606, 612. 614.
Berger: Oeconomia juris lib. II tit. 4 thes. 47.
Philippi: Usus practicus Institutionum lib. III eclog. 35.
Hofacker: Principia juris. tom. II §§ 1634 ff.

[77]) Oldendorp: Progymnasmata actionum forensium, Classis II act. 1.

[78]) Schilter: Praxis juris Romani in foro Germanico, exerc. XXV § 66.
Bachovius: Ad Treutlerum: Vol. II disp. XV thes. 1 lit. F. thes. V lit. D.

[79]) Stryk: Successio ab intestato diss. I cap. 1 § 64—66. diss. IX cap. 2 § 26.
Stryk: Usus modernus Pandectarum § 2. 3 ad tit. 1 lib. XXXVII.

nehmen. Es ist schon erwähnt, dass nicht in allen Materien das Römische Recht, wie es in der Kompilation Justinians enthalten ist und wie es von den Glossatoren gelehrt wurde, zur Rezeption gelangte, dass manches wegen des Widerstandes des Deutschen Gewohnheitsrechts weggelassen wurde. Dieser Widerstand erwies sich im Erbrecht als besonders stark und nachhaltig, namentlich bei der Frage, ob die Delations- und Acquisitionsregeln des Römischen Rechts aufgenommen werden sollten. Zwar haben mit der Rezeption der Idee der Universalsuccession auch die civilrechtlichen Arten des Erbschaftserwerbs, die hereditatis aditio und pro herede gestio, Eingang in das Deutsche Recht gefunden — letztere stand als gänzlich formlose Erbschaftsantretung ohnehin nicht in schroffem Gegensatz zu den Deutschrechtlichen Grundsätzen —, in der Frage dagegen, ob auch die Agnitionsregeln der bonorum possessio Bestandtheil des gemeinen Rechts werden sollten, stiessen die Deutschen auf sehr grosse Schwierigkeiten, da für die bonorum possessio im Römischen Rechte der Satz galt: bonorum possessio invito nemini acquiritur [80]) und dieser mit dem Erwerb der Erbschaft ipso jure nach Deutschem Rechte in Gemässheit des Grundsatzes: „Der Todte erbt den Lebendigen" ganz unvereinbar ist. Freilich wurde dieser Satz schon durch die Rezeption der hereditatis aditio und pro herede gestio etwas zurückgedrängt, aber von diesem Zurückdrängen durch formlose Erbantretung bis zur Anerkennung eines formellen Erbschaftserwerbs mit bestimmten Agnitionsregeln und Agnitionsfristen ist ein sehr weiter Schritt. Die Deutschen haben diesen Schritt nicht gethan; ihnen musste daran gelegen sein, ein einheitliches Erbrecht zu erhalten, und deshalb durften sie nicht einem Erben eine ganz formlose Erbesantretung gestatten, während sie einen anderen zwangen, in bestimmten Fristen vor bestimmten Magi-

[80]) L. 3 § 3 de B. P. (37, 1).

straten eine Erwerbserklärung abzugeben. Es kommt hinzu, dass es in Deutschland Magistrate in dem Römischen Sinne [81]) gar nicht gab, dass es also an Personen fehlte, welche die Erklärung entgegen nehmen konnten; in c. 9 C. cit. wird zwar auch die Agnition vor dem „judex" gestattet, aber der Deutsche „Richter" hatte eine ganz andere Stellung als der Römische „judex" [82]). Auch musste die Berechnung der Fristen unsicher werden. Da die bonorum possessio den Deutschen als ein geschlossenes, dem Civilrecht entgegengesetztes Erbsystem erschien, so dass der nach beiden Systemen zugleich Berufene die Wahl hatte, durch welches er zum Nachlass gelangen wollte; da dieses Verhältniss sich weder im Justinianeischen Rechte geändert hatte, so müssen diejenigen, welche die Geltung der bonorum possessio nach der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland behaupten aus dem Grunde, dass von dem Römischen Recht noch alles gelte, was nicht speziell aufgehoben sei, consequent auch die Behauptung aufstellen, dass das ganze System der bonorum possessio, wie es in dem Justinianeischen Rechtsbuche dargestellt ist, von den Deutschen herübergenommen sei, dass also auch das edictum successorium volle Gültigkeit habe, nach Ablauf der Frist für eine Erbklasse die bonorum possessio an die folgende deferirt werde, ohne auf die Civilerben Rücksicht zu nehmen. Statt dessen begnügte man sich zu behaupten, dass die bonorum possessio rezipirt sei, und die Beobachtung ihrer Agnitionsregeln zu fordern; und fand sich mit dem Verhältniss der Klassen der bonorum possessio zu den Klassen der das Intestaterbrecht gänzlich umgestaltenden Nov. 118 einfach ab, indem man sagte, durch die Veränderungen dieses Gesetzes seien die ersten drei Klassen der bonorum possessio utiles geworden und nur die letzte,

[81]) c. 9 C. qui admitti (6, 9).

[82]) Bachovius: Ad Treutlerum Vol. II disp. XV thes. 5 lit. D.

ordo ex edicto unde vir et uxor, sei necessaria geblieben [83]). Da entsteht doch gleich die Frage: Wie sollte es mit der Berechnung der Agnitionsfrist gehalten werden, namentlich wenn die letzte Klasse der bonorum possessio zur Berufung gelangte; lief die Frist gleich vom Tode des Erblassers an, oder mit welchem Momente beginnt sie? Diese Frage ist nirgends gestellt und beantwortet.

Wir sehen, in welche Schwierigkeiten man geräth, wenn man der bonorum possessio auch im gemeinen Rechte Geltung vindizirt. Indessen noch ein anderer Grund wird von ihren Vertheidigern angeführt [84]). Es wird nämlich geltend gemacht, dass alle Sätze, welche nur Folgesätze eines auch im gemeinen Rechte gültigen Rechtssatzes sind, bis zum Beweise des Gegentheils rechtsverbindliche Kraft besitzen, und man schliesst daraus, dass, weil einzelne Theile der bonorum possessio gemeinrechtlich Geltung in Deutschland gefunden hätten, auch das ganze System mit allen seinen Besonderheiten rezipirt sein müsse. Es ergeben sich aber aus diesem Grunde dieselben Schwierigkeiten, wie oben. Andererseits wird sich, was später weiter ausgeführt werden wird, ein Deutsches Gewohnheitsrecht darthun lassen, dass dieser von Stryk a. a. O. vorgebrachte Satz für das System der bonorum possessio nicht massgebend ist.

Einen noch anderen Grund führt Bachovius [85]) an,

---

[83]) Stryk: Successio ab intestato, diss. I cap. 1 § 65. diss. IX cap. 6 §§ 3. 5. 6.
Stryk: Usus modernus Pandectarum § 1 tit. 11 lib. XXXVIII.
Lauterbach: Collegium theoretico-practicum § 5 tit. 6 lib. XXXVIII. § 2 tit. 7 eod. §§ 2. 3 tit. 11 eod.
Bachovius: Ad Treutlerum. Vol. II disp. XV thes. 5 lit. A. D.
Schilter: Praxis juris Romani in foro Germanico. exerc. 15 § 8, 10. exerc. 41 § 83.

[84]) Vgl. statt Aller: Stryk: Usus modernus Pandectarum § 3 tit. 1 lib. XXXVII.

[85]) Bachovius: Ad Treutlerum. Vol. II disp. XV thes. 2 lit. D.

dass die Reformen Justinian's in Nov. 118 sich nur auf das Civilrecht bezögen und das prätorische Institut der bonorum possessio gar nicht berührten, dass also das prätorische Recht unverändert übernommen worden sei [86]). Dieser Grund ist in Wahrheit nur eine andere Färbung des von Stryk [87]) vorgebrachten, dass die bonorum possessio noch gelte, weil das Römische Recht in complexu rezipirt und sie nicht ausdrücklich aufgehoben sei. Ist letzterer widerlegt, so bleibt auch für den von Bachovius angezogenen Grund kein Raum.

Das sind die Gründe, welche die Vertheidiger der bonorum possessio vorbringen. Die Bedenken, welche dagegen sprechen, sind schon hervorgehoben worden, und es erübrigt noch eine Prüfung der Schriftsteller selbst und ihres Verhältnisses zur Geltung und Fortentwickelung des Römischen Rechts in Deutschland. Da fällt es denn auf, dass viele von ihnen das Römische Recht lediglich so darstellten, wie es von der Glosse gelehrt wurde, dass sie auf die praktischen Bedürfnisse und das zur Anwendung gelangende Recht keine Rücksicht nahmen und demselben, wie aus ihren Schriften hervorgeht, als Lehrer des Römischen Rechts an den Deutschen Hochschulen geradezu abhold waren [88]). Dass die Schriften dieser Autoren, soweit sie das Institut der bonorum possessio betreffen, nicht hinreichen können, uns von dessen praktischer Geltung in Deutschland zu überzeugen, liegt auf der Hand. Andere Juristen, aus deren Schriften man die Anerkennung der

---

[86]) Vgl. auch Reinhardt: Selectae observationes Vol. IV obs. 7.

[87]) Stryk: Successio ab intestato; diss. I cap. 1 §§ 64. 66. diss. IX cap. 2 § 26.
Stryk: Usus modernus Pandectarum. § 2 tit. lib. XXXVII.

[88]) Wernher: Observationes selectae forenses.
Reinhardt: Selectae observationes.
Philippi: Usus practicus Institutionum.
Stryk: Successio ab intestato.
Scipio Gentilis: De jurisdictione.
Hofacker: Principia juris u. a. m.

bonorum possessio könnte herleiten wollen, weil sie auch das zu ihrer Zeit geltende Recht in den Kreis ihrer Betrachtung ziehen [89]), sprechen a. a. O. a. a. O. gar nicht von dem zu ihrer Zeit im Volke lebenden Rechte, sondern von dem Justinianeischen Rechte nach Erlass der Nov. 118 [90]).

Wir gelangen demnach zu dem Schluss, dass die Agnitionsvorschriften der bonorum possessio in Deutschland niemals geltendes Recht geworden sind. Das schliesst nicht aus, dass die Klassen des Systems, welche Erweiterungen des Römischen Civilrechts enthalten und von den Reformen Justinian's nicht betroffen sind, d. h. einige Bestimmungen über die bonorum possessio secundum tabulas und den ordo ex edicto unde vir et uxor, in ihren materiellen Bestandtheilen als geltendes Recht Anerkennung bei den Deutschen gefunden haben. Hierin sind alle Rechtslehrer seit der Rezeption des Römischen Rechts einig.

Aber die Agnitionsregeln sind nicht anerkannt worden. Dieses Resultat wird auch nicht durch entgegengesetzte Urtheile der Juristenfacultäten [91]) in Frage gestellt.

---

[89]) Schneidewinus: Commentarii in Institutiones, ad tit. J. de B. P. (3, 9).
Oldendorp: Progymnasmata actionum forensium Class. II act. 1 § 11.
Sichardus: Praelectiones in Codicem, ad c. 6 C. qui admitti (6, 9) § 9.
Zasius: Paratitla, ad tit. D. de posses. H. P. (5, 3).

[90]) Vgl. Leist: B. P. II 2 S. 413 f.; dass auch das Wort „hodie" bei Zasius a. a. O. die angegebene Bedeutung hat, was Schirmer: Erbrecht Th. I § 7 Anm. 54 bestreitet, geht aus dem Citat der c. ult. C. qui admitti (6, 9) und der Glosse hervor.

[91]) Vgl. das von Wernher: Observationes selectae forenses, Vol. I pars 2 obs. 485 mitgetheilte Wittenberger Gutachten vom Januar 1710, in welchem zwar keine Fristen angegeben sind, jedoch die l. un. u. v. e. u. (38, 11) citirt wird; und die daselbst — nach Schirmer: Erbrecht Th. I § 7 Anm. 54 — in tom. III obs. 391 enthaltene Facultätsentscheidung.

Denn, wie schon erwähnt, hielten sich die Juristen von dem geltenden Rechte in Deutschland fern, so dass ihre Urtheile nicht grossen Einfluss auf die Volksanschauung geübt haben können.

Aber wir können auch positive Beweise dafür erbringen, dass die Agnitionsvorschriften der bonorum possessio selbst für die in die Deutsche Praxis übergegangenen Reste des Instituts, die bonorum possessio secundum tabulas bei testamentum ruptum, irritum und non jure factum und die bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor, weggefallen sind. Dass die drei ersten ordines des prätorischen Systems in die Klassen der Nov. 118 aufgegangen sind und sich von ihnen gar nicht mehr unterschieden, wird auch von den Vertheidigern der bonorum possessio, freilich nicht mit directen Worten, eingeräumt. Schon Bachovius[92]) gesteht, während er die Geltung der Agnitionsregeln behauptet, zu, dass es mit dem Wegfall derselben eine selbstständige bonorum possessio nicht mehr gäbe; er vertheidigt sie also, um noch einen Unterschied zwischen der civilrechtlichen hereditas und dem prätorischen Institut der bonorum possessio statuiren zu können[93]). Selbst Vertheidiger der bonorum possessio, wie Stryk[94]) und Berger[95]) müssen zugeben, dass der Name des Instituts unbekannt sei, und suchen ihre Behauptung zu retten, indem sie jede gerichtliche Erbschaftsantretung und selbst eine gerichtliche Handlung, z. B. Anstellung einer Klage gegen einen Erbschaftsschuldner in eigenem Namen als bonorum possessionis agnitio interpretiren[96]).

Deutlicher für unsere Ansicht sprechen Schriftsteller

[92]) Bachovius: Ad Treutlerum. Vol. II disp. XV thes. 6 lit. K.

[93]) Vgl. auch Schilter: Praxis juris Romani in foro Germanico, exerc. 15 § 5—10. § 57. § 64.

[94]) Stryk: Successio ab intestato, diss. I cap. 1 § 66.

[95]) Berger: Oeconomia juris, lib. 2 tit. 4 thes. 42 vgl. thes. 47.

[96]) Stryk: Successio ab intestato diss. IX cap. 2 § 12.

wie Brunnemann[97]), Zasius[98][99]), Wissenbach[100]), Treutler[101]) und vor allem Giphanius[102]). In gewisser Weise gehört hierher auch Schilter[103]).

[97]) Brunnemann: Commentarii ad Pandectas, ad tit. D. de H. P. posses. (5, 5): Possessoria autem hereditatis petitio hodie fere inutilis est, cum ex jure civili succedatur; nisi usum ejus in casibus specialibus quis ponat — er citirt dabei l. 12. 17 de injusto, rupto et c. (28, 3) also Fälle der correctorischen bonorum possessio secundum tabulas, aber kein Beispiel einer bonorum possessio ab intestato, gibt demnach zu erkennen, dass er letztere als geltendes Recht nicht anerkennen will.

[98]) Zasius: Paratitla, tom. 1 ad tit. D. de H P. posses. (5, 5): in nostra civitate locum habet bonorum possessio decretalis d. h. die interimistische Besitzeinweisung durch missio ventris nomine, bonorum possessio ex edicto Carboniano und furiosi nomine — et non agnitiva d. h. das prätorische Erbfolgesystem mit seinen Agnitionsregeln.

[99]) Zasius: Opera omnia tom. III S. 121, 5: de jure nostro expeditum est, quod uxores non succedunt maritis nisi ad excludendum fiscum; wobei er ohne Zweifel das zu seiner Zeit geltende Recht darstellt; er referirt also den materiellen Inhalt der bonorum possessio unde vir et uxor, ohne deren Entnahme aus dem prätorischen Rechte zu gedenken und die Agnitionsvorschriften zu erwähnen, erkennt demnach letztere nicht an.

[100]) Wissenbach: Exercitationes ad Pandectas nach dem Zeugnisse von Müller: Ad Struvium, exerc. 37 § 75 tit. 7 lib. XXXVIII: Ceterum materiam hanc obsoletam vocat Brunnemann ad l. 1 h. t. eamque non amplius usum habere monet Wissenbach.

[101]) Treutler nach dem Zeugnisse des Bachovius: Ad Treutlerum. Vol. II disp. XV thes. 5 lit. D. Cur bonorum possessiones hodie non frequentantur, Treutler hanc rationem reddit und thes. 6 lit. K.: Quaerit Treutler an tempora ista a praetore coarctari possint ita, ut iis elapsis heredes bonorum possessione cadant, et respondet non esse praecipitandos.

[102]) Giphanius: Explanatio in Institutiones, in tit. J. de B. P. (3, 9): Si mores et aetatem nostram spectas, nullus est usus bonorum possessionis, sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis civili. Huic rei argumento sunt haec: primum quia in jure municipali sive statutis civitatum et constitutionibus imperii, regum ac principum nulla usquam mentio bonorum possessionis fieri solet; deinde quia in consiliis Dd. item nulla exstat mentio, postremo et ratio est, cur hodie ejus nullus usus ejus esse debeat aut possit, satis perspicua.

[103]) Schilter: Praxis juris Romani in foro Germanico erklärt,

Bei Giphanius a. a. O., bei Schilter a. a. O. und bei Stryk[104]), wiewol letzterer ihnen alles Gewicht abspricht, werden die Gründe angegeben, weshalb die bonorum possessio in Deutschland nicht rezipirt ist. Freilich ist Stryk darin beizupflichten, dass er der Ansicht: jus civile et praetorium per Nov. 118 in unam consonantiam esse redactum[105]) entgegentritt; aber die anderen von ihm verworfenen Gründe verdienen mehr Beachtung, als er ihnen zu Theil werden lässt[106]).

Es sind also im Wesentlichen drei Gründe, auf welche sich die Ansicht, dass die bonorum possessio nicht in das Deutsche Recht übergegangen sei, stützt: einmal, dass in den Konzilsschlüssen ihrer keine Erwähnung geschieht; sodann, dass in den positiven Rechtsquellen Deutschlands ihrer gar nicht gedacht wird; und endlich, dass sie in der Praxis keine Anwendung findet. Wir haben nun die Wahrheit dieser Gründe zu erweisen. Die beiden ersten sind an sich klar. Wir finden weder in einem Konzilienschluss, noch in einem Reichsgesetze — freilich beschäftigte sich die Reichsgesetzgebung nur selten mit dem Privatrecht —, noch in einem der zahlreichen seit der Rezeption des Römischen Rechts ausgearbeiteten Stadt- und Landrechte eine Spur der prätorischen Erbantretung.

---

obwol er in exerc. 15 § 8. § 64 Not. a. § 10 Not. a die bonorum possessio als utilis anerkennt, sie in § 57 l. c. mit der hereditas identisch: Atque ex his jam constat, ut arbitror bonorum possessionem quoad substantiam suam et formam saltem genericam esse ipsissimam hereditatem und fährt in § 64 l. c. fort: contra ea nullus in nostro foro usus bonorum possessionis videtur, cum differentia hereditatis et bonorum possessionis plane sit sublata, quia horum abstracta hereditas et bonorum possessio non amplius differunt, sed ex usu omnium gentium bonorum possessio hereditatis hodie venit nomine.

[104]) Stryk: Usus modernus Pandectarum § 2 tit. 1 lib. XXXVII.

[105]) Stryk: A. a. O.

[106]) Stryk: A. a. O.: quod in praxi incognitum sit plane nomen bonorum possessionis und quod in plerisque locis Germaniae ordo succedendi statutis sit determinatus, ex quibus hodie successio unice aestimanda videtur.

Was aber die Praxis angeht, so finden wir — abgesehen von den oben erwähnten Facultätsgutachten, welche von Richtern erlassen sind, die dem Leben fern standen und keinen Einfluss gehabt haben — die Agnitionsvorschriften gar nicht erwähnt, auch nicht bei einer Beerbung des Ehemanns durch seine Ehefrau, wo also das Materielle der bonorum possessio unde vir et uxor rezipirt ist. Die Urtheile, welche Philippi[107]) mittheilt und welche er freilich benutzen will, um das Vorkommen der bonorum possessio zu erweisen, bezeugen nur, dass die Erbfolge des überlebenden Ehegatten in Ermangelung aller Verwandten vor dem Fiskus auch in das Deutsche Recht übergegangen ist; die Agnitionsregeln werden nicht erwähnt[108]). Ebenso soll ein Urtheil[109]) der Magdeburger Schöffen stehen. Es geht aus diesen Urtheilen hervor, dass ein Deutsches Gewohnheitsrecht sich gebildet hat, welches die Geltung der prätorischen Erbantretung verwirft.

Prüfen wir nun die für und gegen die Rezeption der Agnitionsregeln sprechenden Gründe, so überwiegen Letztere schon deshalb, weil sie auf der Existenz eines Gewohnheitsrechts, erstere dagegen nur auf Präsumtionen beruhen. Damit fällt auch das letzte Hinderniss, die bonorum possessio zwar, soweit sie materielle Erweiterungen des Erbrechts enthält, als geltendes Recht anzuerkennen, ihre Formalien aber zu verwerfen.

Die Praxis der neueren Zeit ist jener älteren nicht durchweg gefolgt und sich nicht consequent geblieben. Während das Oberappellationsgericht zu Kassel in einem Erkenntniss[110]) die Innehaltung der Agnitionsfristen als

---

[107]) Philippi: Usus practicus Institutionum; lib. III tit. 5 ecl. 29. 35.

[108]) Vgl. auch Carpzovius: Jurisprudentia forensis: pars. III concl. 18 def. 31.

[109]) Mitgetheilt von Herold: Tractatus de jure repraesentationis cap. 1 § 12 nach Schirmer: Erbrecht Th. I § 7 Anm. 54.

[110]) Seuff: Arch. IX 313.

Prinzip der bonorum possessio unde vir et uxor aufstellt, lässt das Oberappellationsgericht zu Lübeck [111]) dieses Erforderniss fallen. Weitere Urtheile sind in neuerer Zeit über diese Frage nicht ergangen. Nach den vorstehenden Erwägungen kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Ansicht des Oberappellationsgerichts zu Lübeck den Vorzug verdient.

Wir gelangen demnach mit Giphanius[112]), Leist[113 114]), Seuffert[115]), Schirmer[116]), Lenel[117]), Windscheid[118]) u. a. m. zu dem Schluss, dass im heutigen gemeinen Rechte die bonorum possessio gar nichts Eigenthümliches mehr bietet, dass sie vielmehr in allen Klassen dem Civilrecht gewichen ist und dessen Formen angenommen hat. Sonach ist, wie Lenel a. a. O. sagt, die Feststellung des prätorischen Ursprungs der noch in Geltung befindlichen Bestimmungen der bonorum possessio, bonorum possessio secundum tabulas testamenti rupti, irriti und non jure facti und bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor, nur für den rechtsgeschichtlichen Standpunkt von Bedeutung.

Wir haben in dem letzten Theile unserer Untersuchung die Schicksale des interdictum quorum bonorum aus den Augen verloren und deshalb hier noch Einiges nachzutragen. Einige Schriftsteller, z. B. Lauterbach[119]) und

---

[111]) Seuff: Arch. VII 71.

[112]) Giphanius: Explanatio in Institutiones, ad tit. J. de B. P. (3, 9).

[113]) Leist: B. P. 2 § 184 S. 418 ff. — vgl. auch die dort Not. 9—11 und Text dazu Citirten.

[114]) Leist: Serie der Bücher XXXVII und XXXVIII in der Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar Bd. II § 1601 Not. 57. 58 cfr. Not. 14.

[115]) Seuffert: Archiv Anm. zu IX 313.

[116]) Schirmer: Erbrecht Th. I § 7 S. 103 ff.

[117]) Lenel: Beilage 3 zu dessen Vorlesungen über Familien- und Erbrecht.

[118]) Windscheid: Pandecten III § 532 i. f.

[119]) Lauterbach: Collegium theoretico-practicum § ult. tit. 1 lib. XXXVII.

Hofacker[120]) erklären die bonorum possessio aus dem Grunde für utilis, weil sie das interdictum quorum bonorum gewähre. Nun ist freilich auch dieses Rechtsmittel von den Deutschen herübergenommen worden, aber es steht seit der Rezeption jedem Erben zu, nachdem schon die Glossatoren auch dem heres ein interdictum utile gegeben hatten[121]). Die Ausdehnung des Interdicts auf den Civilerben war um so leichter, als ja das testamentarische Civilerbrecht in der missio ex edicto D. Hadriani[122]) ein dem Interdict dem Zwecke nach ähnliches Rechtsmittel kannte und den Deutschen ein Unterschied zweier Rechtsmassen im Sinne des Römischen Civilrechts und des Complexes der prätorischen Verordnungen fremd war. Für das heutige Recht ist es zweifellos festgestellt, dass das interdictum quorum bonorum als ein Mittel zur schleunigen Besitzerlangung der körperlichen Erbschaftssachen jedem Erben[123]) zusteht.

---

[120]) Hofacker: Principia juris § 1668.

[121]) Gl. ad l. 1 pr. quorum bonorum (43, 2).

[122]) C. un. § ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo (6, 33).

[123]) Windscheid: Pandecten III § 617.
Seuff: Arch. II 77. III 279. VII 71. XXVIII 39. XXIX 151.

Vita.

Natus sum Henricus Scharlau ante diem VI Kalendas Martias 1861 Rostochii patre Gustavo, matre Wilhelmina e gente Baehr. Primis elementis litterarum in ludo elementario scholae Rostochiensis, quae dicitur Magna Urbana, imbutus novem annos natus in ejusdem scholae gymnasium receptus sum. Novem annis postquam gymnasium adieram maturitatis testimonium nanctus jurisprudentiae me dedi.

Vere 1879 adii Academiam patriae Rostochiensem, ubi cum duo semestria moratus essem, Academiam Lipsiensem petivi, inde auctumno 1881 Rostochium reversus usque ad ver 1882 jurisprudentiae operam dedi.

Rostochii usus sum praeceptoribus illustrissimis Thon, Bernhöft, Paasche, Schirrmacher, Birkmeyer, Boehlau, Kahl. Lipsiis operam dedi professoribus doctissimis Windscheid, Stobbe, Binding, Friedberg, Wach. Sodalis fui exercitationum practicarum juris civilis a professoribus Bernhöft et J. Merkel institutarum nec non a professore Birkmeyer de processu civili et a professore Ehrenberg de jure mercaturae et jure cambiali habitarum.

Mense Octobri 1883 examine priore juridico sum defunctus.